

NILS GROSCHE

# Rechtsfortbildung im Unionsrecht

*Jus Internationale et Europaeum*

59

---

**Mohr Siebeck**

# Jus Internationale et Europaeum

herausgegeben von  
Thilo Marauhn und Christian Walter

59





Nils Grosche

# Rechtsfortbildung im Unionsrecht

Eine Untersuchung zum Phänomen  
richterlicher Rechtsfortbildung  
durch den Gerichtshof der Europäischen Union

Mohr Siebeck

*Nils Grosche*, geboren 1982; Studium der Rechtswissenschaften an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn; seit 2007 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Öffentliches Recht; seit 2010 Referendariat am OLG Köln; 2011 Promotion.

e-ISBN PDF 978-3-16-151853-9

ISBN 978-3-16-150992-6

ISSN 1861-1893 (Jus Internationale et Europaeum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2011 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

*In Andenken an meinen Großvater  
Wilhelm Quabeck*



“But spectacles have a function, and they function only when you put them on, to look through them at the world. It is the same with language. That is to say, one shouldn’t waste one’s life in spectacle-cleaning or in talking about language, or in trying to get a clear view of our language, or of ‘our conceptual scheme’. The fundamental thing about human languages is that they can and should be used to describe something; and this something is, somehow, the world.”

*Karl R. Popper*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2010/2011 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen. Die Dissertation wurde mit dem Promotionspreis des Fachbereichs Rechtswissenschaften ausgezeichnet.

Mein erster und vorzüglicher Dank geht an meinen verehrten Doktorvater, Herrn Professor Dr. *Matthias Herdegen*. Er hat das Entstehen der Arbeit mit großem Engagement begleitet, mich stets ermuntert und mir den wissenschaftlichen Freiraum für das Gelingen gewährt. Herrn Professor Dr. Dr. *Wolfgang Durner* LL.M. danke ich für die zügige Erstattung des Zweitgutachtens und weiterführende Hinweise.

Weiterer Dank gilt meinen Eltern für ihre Unterstützung. Zudem danke ich Herrn *Nils Börnsen* und Herrn *Lukas Rengier* für die Mühen der Durchsicht. Abschließend möchte ich mich noch bei Herrn Akad. Rat Dr. *Karsten Schneider* bedanken, der die Entstehung der Arbeit im besten Sinne kritisch begleitet hat und mir stets ein wertvoller Gesprächspartner war und ist.

Bonn, im August 2011

*Nils Grosche*



# Inhaltsverzeichnis

§ 1 <i>Einleitung und Problemstellung</i> .....	1
I. Richter und Rechtsfortbildung .....	6
II. Das Proprium des Europäischen Unionsrechts .....	11
1. Das Verständnis der Europäischen Union .....	14
2. „Aktivistische“ Rechtsprechung und Bewertungswandel .....	16
3. Jüngere Entwicklungslinien .....	18
III. Gang der Untersuchung .....	21
Kapitel I: Das Phänomen richterlicher Rechtsfortbildung .....	25
§ 2 <i>Grundlinien der richterlichen Rechtsfortbildung als „Phänomen“ der europäischen Rechtsgemeinschaft</i> .....	27
I. Tradition der europäischen Rechtsgemeinschaft .....	28
1. Prätorischer Ansatz .....	28
2. Common law und Civil Law Tradition .....	31
a) Common Law .....	33
b) Civil Law .....	39
i. Deutschland .....	39
ii. Frankreich .....	42
3. Zusammenfassung .....	43
II. Das Proprium der Verfassungsgerichtsbarkeit .....	43
1. Das Bundesverfassungsgericht .....	48
a) Das Verfassungsgericht und der Kontrollumgang mit dem Phänomen richterlicher Rechtsfortbildung .....	49
b) Das Verfassungsrecht als Gegenstand richterlicher Rechtsfortbildung .....	53
2. Der französische Conseil Constitutionnel .....	54
3. Zusammenfassung .....	56

§ 3 Konturen des Phänomens richterlicher Rechtsfortbildung im Völkerrecht .....	57
I. Praxis internationaler Spruchkörper.....	58
II. Völkerrechtliche Auslegung und Inhalt der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) mit Blick auf die Frage der Rechtsfortbildung .....	63
1. Völkerrechtliche Auslegungsregeln der WVK .....	63
a) Inhalt.....	63
b) Rezeption in der Spruchpraxis des Gerichtshofs .....	64
c) Einordnung.....	66
2. Rezeption gerichtlicher Praxis durch die Auslegungsregel des Art. 31 WVK.....	67
a) Spruchpraxis des Vertragsorgans.....	68
b) Spruchpraxis nationaler Gerichte.....	69
c) Verweisungszusammenhänge .....	71
3. Zusammenfassung .....	72
§ 4 Das Phänomen richterlicher Rechtsfortbildung in der Spruchpraxis des Gerichtshofs.....	75
I. Institutionelle Stellung des Gerichtshofs der Europäischen Union ....	75
II. Die Spruchpraxis des EuGH zum Phänomen richterlicher Rechtsfortbildung .....	77
1. Richterliche Rechtsfortbildung der nationalen Gerichte als gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung? .....	78
2. Die Spruchpraxis zur Entwicklung des Unionsrechts .....	81
III. Zusammenfassung.....	84
 Kapitel II: Theorie des Phänomens richterlicher Rechtsfortbildung .....	 85
§ 5 Theoretische Erklärungen .....	87
I. Der Begriff der „Rechtsfortbildung“ als Problem?.....	88
II. Die Abgrenzung von Rechtsprechung und Rechtsetzung als Ausgangspunkt .....	91
III. Die Interpretation richterlicher Rechtsfortbildung in der Dogmatik ...	94
IV. Die „Methodengebundenheit“ richterlicher Rechtsfortbildung.....	98
V. Kritik der Methodengebundenheit .....	105
1. Lücken .....	105
a) Die Lücke und das Rechtsverweigerungsverbot.....	106
b) Lücken im Unionsrecht .....	109

c) Verbot unionaler Rechtspolitik durch die Judikative.....	110
d) Zusammenfassung .....	113
2. Der Bezug auf die Wortlautgrenze.....	113
a) Allgemein zur Grenzbedeutung des Wortlauts .....	114
b) Mehrsprachigkeit des Unionsrechts .....	116
c) Zusammenfassung .....	119
3. Die Rechtsordnung als Sinn Ganzes bei der Rechtsfortbildung „contra legem“ und die Lückenfüllung .....	119
VI. Zusammenfassung.....	120
§ 6 <i>Performativer Gehalt richterlicher Entscheidung? – Konstative Rekonstruktion anhand der Prinzipientheorie</i> .....	123
I. Prinzipien als Optimierungsgebote .....	124
II. Das Verhältnis von Regeln und (unerkannten) Prinzipien sowie Darstellung und Gegenstand .....	129
III. Erklärungsgehalt in Bezug auf das richterliche Handeln .....	132
IV. Einordnung von Methoden- und Kompetenzfragen .....	134
V. Zusammenfassung .....	136
§ 7 <i>Einzelfragen</i> .....	139
I. Beschaffenheit des Unionsrechts – Bestimmtheit und Bestimmbarkeit.....	139
II. Das Paradox der Selbstbegrenzung .....	144
III. Der historisch subjektive Wille bei der Auslegung – Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EU .....	146
IV. Die Art der Begründung und Erklärung .....	150
V. Der Hinweis auf die Akzeptanz .....	152
VI. Zusammenfassung .....	154
Kapitel III: Auswahl des normativen Maßstabs.....	155
§ 8 <i>Deutungspluralismus im Mehrebenensystem</i> .....	157
I. Exogene Strukturdetermination des EU-Rechts als abgeleitete Rechtsordnung .....	160
1. Vorrang, Letztentscheidung und das Grundgesetz.....	160
2. Auswahl anderer Mitgliedstaaten.....	166
3. Die Frage der Letztentscheidungsbefugnis.....	172
4. Zusammenfassung .....	173

II. Exogene Strukturdetermination durch die Regeln des Völkerrechts .	174
III. Europarechtliche Perspektive .....	175
IV. Zusammenfassung .....	177
Kapitel IV: Zusammenhänge des Unionsrechts .....	179
§ 9 Das Verhältnis von Union und Mitgliedstaaten .....	181
I. Der Grundsatz der Loyalität und das Effektivitätsprinzip ( <i>effet utile</i> ) .....	181
1. Richterliche Spruchpraxis und der Grundsatz der Loyalität und Effektivität .....	182
2. Einordnung.....	184
3. Erklärungsgehalt .....	186
4. Zusammenfassung .....	189
5. Exkurs: Grundsatz der Loyalität in intergouvernementaler Struktur .....	189
II. Unionsrechtliche Achtung der mitgliedstaatlichen Verfassungsordnung – Art. 4 Abs. 2 EU .....	192
III. Die Kompetenzbeziehung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten .....	196
1. Grundsatz der begrenzten Ermächtigung (Art. 5 Abs. 2).....	197
a) Inhalt und Wirkung .....	197
b) Erklärungsgehalt in Bezug auf die richterliche Spruchpraxis ...	200
i. Gerichtlicher Nachvollzug der Kompetenzerwägung anderer Unionsorgane .....	201
ii. Negative Kompetenzbestimmung und originäre Kompetenzinanspruchnahme .....	202
iii. Zusammenfassung.....	205
c) Art. 352 AEUV .....	206
i. Inhalt und Wirkung .....	206
ii. Erklärungsgehalt .....	207
d) Implied powers.....	210
2. Das Subsidiaritätsprinzip im engeren Sinne (Art. 5 Abs. 3 EU) ...	211
a) Inhalt und Wirkung .....	212
b) Besondere Bedeutung für die gerichtliche Spruchpraxis .....	215
3. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 4 EU) .....	217
a) Inhalt und Wirkung .....	218
b) Besondere Bedeutung für die gerichtliche Spruchpraxis .....	219
4. Zusammenfassung .....	220

<i>§ 10 Bezüge zur demokratischen Legitimation der rechtsprechenden Gewalt im Unionsrecht</i> .....	223
I. Demokratische Legitimation.....	223
1. Allgemein.....	224
2. Besondere Bedeutung für die gerichtliche Spruchpraxis .....	225
II. Institutionelles Gleichgewicht .....	227
1. Inhalt und Wirkung .....	227
2. Maßstab für das Verhältnis zwischen nichtjudikativen Organen ..	229
3. Maßstab für die judikative Gewalt.....	231
a) Kontrolldichte .....	232
b) „Originäre“ Kompetenzzinspruchnahme als Frage des institutionellen Gleichgewichts .....	233
c) Zusammenfassung.....	236
III. Einzelfragen .....	236
1. Korrekturmöglichkeiten der zur Rechtsetzung berufenen Organe als Maßstab? .....	237
2. Kernbereiche der Organe – political question .....	240
3. Die Entscheidungsfolgenabschätzung bezogen auf finanzielle Haushaltsbelastungen .....	243
4. Integration und Dynamik als unionsrechtliches Leitmotiv .....	245
5. Die Darstellung des Vertrags von Lissabon als Anknüpfungsmoment .....	248
IV. Zusammenfassung.....	249
 <i>§ 11 Allgemeine Rechtsgrundsätze</i> .....	 251
I. Subjektive rechtsstaatliche Gewährleistungen – justizielle Grundrechte .....	252
II. Standards der Rechtsicherheit und des Vertrauensschutzes .....	253
1. Grundlagen.....	254
2. Vertrauensschutz und Rechtssicherheit als Maßstab für die Rechtsprechung des Gerichtshofs .....	256
3. Zusammenfassung.....	258
 <i>§ 12 Der Rechtsprechungsauftrag des Gerichtshofs</i> .....	 259
I. Die Zuständigkeit des Gerichtshofs der Europäischen Union .....	260
II. Einordnung der Verpflichtung auf das Recht in Art. 19 EU .....	262

§ 13 Präjudizien und die Kontrollbefugnis nationaler Organe .....	265
I. Selbstbindung des Gerichtshofs durch die <i>stare decisis</i> -Doktrin – Präjudizien .....	265
II. Die Kontrollbefugnis nationaler Gerichte – Akzeptanz der Rechtsprechung des Gerichtshofs .....	270
 Kapitel V: Beispiele aus der Rechtsprechung .....	 275
§ 14 Das Zusammenspiel von Richtlinien und allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Primärrecht .....	277
I. Einordnung in die europarechtliche Dogmatik .....	279
1. Die Entscheidung Mangold .....	279
2. Folgerechtsprechung .....	281
3. Die Entscheidung Küçükdevici .....	283
II. Die Herleitung eines speziellen Verbots der Diskriminierung aus Gründen des Alters .....	286
1. Die Bezugnahme auf die Rechtserkenntnisquellen .....	286
2. Quantifizierende „wertende Rechtsvergleichung“? .....	288
3. Rekonstruktion im Lichte der Besonderheiten des Unionsrechts ..	290
III. Das Zusammenspiel von Richtlinien und allgemeinen Rechtsgrundsätzen .....	293
IV. Zusammenfassung .....	294
 § 15 Die unionale Wahrnehmung von Zuständigkeiten und deren gerichtliche Überprüfung .....	297
I. Das Verbot von Tabakwerbung und die Harmonisierungskompetenz .....	297
1. Interpretationsleitende Annahmen .....	298
2. Die Entscheidung zur Tabakwerbeverbotrichtlinie .....	299
3. Zusammenfassung .....	303
II. Die Vorratsdatenspeicherung .....	304
1. Hintergrund der Frage der unionsinternen Zuständigkeitsabgrenzung .....	304
2. Die Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung .....	307
III. Zusammenfassung .....	314

§ 16 Staatshaftung für judikatives Unrecht.....	315
I. Hintergrund des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs.....	315
II. Der Fall Traghetti del Mediterraneo .....	318
§ 17 Das sekundärrechtliche Erfordernis der Unmittelbarkeit einer Diskriminierung.....	323
Kapitel VI: Zusammenfassung .....	327
Literatur.....	337
Register .....	349



## § 1 Einleitung und Problemstellung

Der Gerichtshof der Europäischen Union<sup>1</sup> unterscheidet nicht zwischen Rechtsfortbildung und Auslegung, sondern beschränkt sich bei der Auseinandersetzung mit den ihm zur Entscheidung obliegenden Rechtsfragen mit der aus dem französischen Rechtsraum<sup>2</sup> bekannten „interprétation“.<sup>3</sup> Generalanwalt *Colomer* illustriert – in Anlehnung an *Nanclares Arango*<sup>4</sup> – die Rolle des Gerichtshofs wie folgt:

„Einem lateinamerikanischen Juristen zufolge gibt es drei Arten von Richtern: die Handwerker, wahre Automaten, die mit bloßen Händen Urteile in Serie und in rauen Mengen produzieren, ohne in die Bereiche des Menschlichen oder der sozialen Ordnung hinabzusteigen, die Kunsthandwerker, die Hand und Hirn benutzen und sich dabei den traditionellen Auslegungsregeln unterwerfen, die sie unweigerlich dazu führen, den Willen des Gesetzgebers ohne weiteres umzusetzen, und die Künstler, die mit Hilfe der Hände, des Kopfes und des Herzens den Bürgern weitere Horizonte eröffnen, ohne der Realität und den konkreten Sachverhalten den Rücken zu kehren.

Zwar werden für die Rechtsprechungstätigkeit alle drei gebraucht, doch hat sich der Gerichtshof gemäß der ihm zustehenden Rolle immer mit der letzten Kategorie identifiziert, insbesondere, wenn die unaufhaltsame Entwicklung der Ideen, die das Entstehen der Gemeinschaft erhellten, ins Stocken geriet.“<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Nach Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 EU umfasst der Gerichtshof der Europäischen Union den Gerichtshof, das Gericht und die Fachgerichte. Die Arbeit setzt sich in erster Linie mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs auseinander.

<sup>2</sup> Die Sprache innerhalb des Gerichtshofs ist französisch, auch wenn die Richter den unterschiedlichen Mitgliedstaaten angehören und die Urteile in allen Sprachen der Mitgliedstaaten abgefasst werden.

<sup>3</sup> *C. Calliess*, Rechtsprechung und Europarecht – Zum Richterrecht der EG, in: W. Erbguth/J. Masing (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht, 2004, S. 155, 178; *J. Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, 1995, S. 72; siehe rechtsvergleichend *F. Dumon*, Die Rechtsprechung des Gerichtshofes – Kritische Prüfung der Auslegungsmethoden, in: EuGH (Hrsg.), Begegnung von Justiz und Hochschule 27.-28. September 1976, 1976, III/9 ff.

<sup>4</sup> *A. Nanclares Arango*, Los jueces de mármol, 2001, S. 14.

<sup>5</sup> Generalanwalt *Colomer*, verb. Rs. C-11/06 und 12/06 – *Morgan und Bucher*, Slg. 2007, I-9161 Rdnr. 1 f.

Dieser Hinweis des Generalanwalts birgt eine Perspektive, die auch die Sicht vieler Autoren auf die Arbeit des Gerichtshofs prägt.<sup>6</sup> Gerade das Bild des Gerichtshofs als „Künstler“ gerät in den Blick.<sup>7</sup> Es ist verbunden mit der ausgemachten richterlichen Fortbildung und Prägung des europäischen Normengefüges durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union. In der Begründung seiner Entscheidungen stützt sich der Gerichtshof dabei meist auf den Auslegungstopos<sup>8</sup> des *effet utile*.<sup>9</sup> Mit der Berufung auf das in dem Loyalitätsgebot aus Art. 4 Abs. 3 EU verankerte, dem Völkerrecht entlehntem Erfordernis der praktischen Wirksam-

---

<sup>6</sup> Am deutlichsten tritt dies in der Wendung einer „Gouvernement des Juges“ hervor, siehe zu den Ursprüngen dieser Begriffsbildung in Bezug auf den US-amerikanischen Supreme Court, *L. B. Boudin*, *Government by judiciary*, *Political Science Quarterly*, 1911, S. 238 ff.; bezogen auf den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft *J. P. Collins*, *Le gouvernement des juges dans les Communautés Européennes*, 1966. Dabei wird gerade auch in jüngerer Zeit wieder verstärkt auf die ausufernde Dynamik der Rechtsprechung des Gerichtshofs abgestellt, vgl. *R. Herzog/L. Gerken*, *Stoppt den Europäischen Gerichtshof*, *FAZ* vom 8. 9. 2008, S. 8; *J. Jahn*, *NJW* 2008, S. 1788; *L. Gerken/V. Rieble/G. H. Roth/T. Stein/R. Streinz*, *Mangold als ausbrechender Rechtsakt*, 2009.

<sup>7</sup> Das Bild des Richters als Künstler findet sich indes nicht nur in Bezug auf die Richter des Gerichtshofs der Europäischen Union. Sowohl in der deutschen als auch in der US-amerikanischen Staatsrechtslehre wird die Metapher des Künstlers herangezogen, siehe *R. A. Posner*, *How Judges Think*, S. 12 ff.; *G. Hirsch*, *ZRP* 2006, S. 161; siehe auch *F. Wieacker*, *Gesetz und Richterkunst*, 1958; siehe auch *H. G. Gadamer*, *Wahrheit und Methode*, 7. Aufl. 2010, S. 323.

<sup>8</sup> Die Topik wurde durch *T. Viehweg* (*Topik und Jurisprudenz*, 1953) in die Jurisprudenz eingeführt mit dem Ziel, ein Verfahren zur Verfügung zu stellen, mit dessen Hilfe im Hinblick auf die Gerechtigkeit ein Konsens erreichbar wird. Die Topik findet ihre Wurzeln in der Rhetorik und zeichnet sich durch die Verwendung gewisser, als feststehende allgemeine Gesichtspunkte bezeichnete Argumentationsmuster, die von einem *consensus omnium* getragen werden, aus, vgl. auch eingehend *R. Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl. 1990, S. 39 ff. In der vorliegenden Arbeit rubriziert als topisch eine verkürzte Argumentation, die aus sich selbst erklärend wirken soll. Ein ähnliches Begriffsverständnis liegt der Arbeit von *C. Fischer*, *Topoi verdeckter Rechtsfortbildung im Zivilrecht*, 2007, S. 32 f. zugrunde: „Topos meint also einerseits Leerformeln und schlagwortartige Kurzbezeichnungen, die selbst als Begründung dienen (...). Andererseits steht der Ausdruck aber auch für Merksätze und Überleitungsbegriffe, welche erst den Zugang zu einem Bündel von einzelnen Gesichtspunkten eröffnen, die als mögliche Begründung in Betracht kommen.“

<sup>9</sup> Nach *A. v. Bogdandy* kann Art. 10 EG, „soweit er im Vertrag überhaupt eine eigenständige Bedeutung haben soll, nur als Ermächtigung zur Bildung richterlicher Institute zur Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten verstanden werden, deren Inhalt positiven Rechtsnormen vergleichbar ist.“, *Rechtsfortbildung mit Art. 5 EG-Vertrag*, in: *A. Randelzhofer/R. Scholz/D. Wilke* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, 1995, S. 17, 20; mit anderer Stoßrichtung *W. Möschel*, *NJW* 1994, S. 1709 ff.; siehe zum *effet utile* auch *M. Potacs*, *EuR* 2009, S. 465 ff.; *S. Seyr*, *Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGH*, 2008, die hierin eine eigenständige Auslegungsmethode sieht und von einer „potenzierten Form der Teleologie“ ausgeht, S. 367. Zum Loyalitätsgrundsatz und zum *effet utile* unten § 9 I.

keit erschöpft sich größtenteils die Rückbindung an das positiviert Primärrecht. Auf der anderen Seite stellt sich die Rechtsprechungspraxis des Gerichtshofs als ein Haus mit vielen Wohnungen dar, in dem an vielen Stellen auch Tendenzen zurückhaltender Rechtsprechung offenbar werden.<sup>10</sup>

Die in der Literatur in Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs festgestellte uferlose Beispielsvielfalt scheint den Befund besonderer gestalterischer Aktivität seitens des Gerichtshofs dennoch zu bestätigen.<sup>11</sup> Diese praktizierte rechtsschöpfende Gestaltungsfunktion hat dem Gerichtshof die Metapher eines „Motors“ der europäischen Integration eingebracht.<sup>12</sup> Dabei werden die einmal „richterrechtlich“ festgeschriebenen Grundlagen des europäischen Regelungsgefüges – wie auch häufig im Verfassungsrecht<sup>13</sup> – teilweise bis hin zur konkreten richterlichen Diktion in die positivierten Grundlagen des europäischen Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten (als vertragsändernde Gewalt) nachgeführt.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> R. Streinz, AöR 135 (2010), S. 1, 19 ff. Als traditionelles Beispiel kann etwa die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Rechtfertigung allgemeiner Beschränkungen der Grundfreiheiten auf Grund zwingender Allgemeinwohlbelange herangezogen werden, EuGH, Rs. 120/78 – *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649 Rdnr. 8; siehe zur Berufung auf die Menschenwürdegarantie EuGH, Rs. C-36/02 – *Omega-Spielhallen*, Slg. 2004, I-9606 Rdnr. 32 ff.; zum Schutz vor jugendgefährdeten Inhalten EuGH, Rs. C-244/06 – *Dynamic Medien*, Slg. 2008, I-505 Rdnr. 44 ff.; zum Schutzniveau beim Gesundheitsschutz EuGH, Rs. C-171/07 – *Deutscher Apothekerverband*, Slg. 2009, I-4171 Rdnr. 19; zur Bekämpfung des Glücksspiels EuGH, Rs. C-42/07 – *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, Slg. 2009, I-7633 Rdnr. 57 f.

<sup>11</sup> Vgl. D. A. O. Edward, Richterrecht in Community Law, in: R. Schulze/U. Seif (Hrsg.), Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft, 2003, S. 75 ff.

<sup>12</sup> B. Wegener, in C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 19 EUV Rdnr. 17 ff.; kritisch J. H. H. Weiler, The Essential Jurisprudence of the European Court of Justice: Lights and Shadows too, in: I. Pernice/J. Kokott/C. Saunders (Hrsg.), The Future of the European Judicial System, 2006, S. 117 (122).

<sup>13</sup> Im Bereich der europäischen Integration überführt beispielsweise die Vorschrift des Art. 23 GG einige der durch das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsrechtsprechung angeführten Grundsätze in das positive Verfassungsrecht. Siehe auch die Bezugnahme auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon im „Integrationsverantwortungsgesetz“, BGBl. 2009 I S. 3022, geändert durch Gesetz vom 1.12.2009, BGBl. 2009 I S. 3822.

<sup>14</sup> So haben die Vertragsstaaten etwa im Bereich des Grundrechtsschutzes mit Art. 6 Abs. 2 EU a.F. durch den Maastrichtvertrag die Rechtsprechung des EuGH festgeschrieben; ebenfalls wurde die aktive Klagebefugnis des Parlamentes im Rahmen der Nichtigkeitsklage in Art. 230 EG (Art. 263 AEUV) festgeschrieben. Auch der Vertrag von Lissabon enthält eine Vielzahl von Klarstellungen, die sich als Nachvollzug der gerichtlichen Spruchstätigkeit darstellen. Beispiele bilden etwa die Befugnis zur delegierten Rechtsetzung in Art. 290 AEUV, die loyale Zusammenarbeit im Interorganverhältnis (Art. 13 Abs. 2 Satz 2 EU) oder die Vertragsabschlusskompetenz der Union (Art. 216

Die ausgemachte, als originäre „Rechtsetzungstätigkeit“ apostrophierte Praxis des Gerichtshofs wird gleichzeitig intensiv kommentiert und mit Skepsis begleitet.<sup>15</sup> Auch der indirekte Dialog mit den um ihre Entscheidungshoheit ringenden nationalen Verfassungsgerichten deutet ein mehr oder minder ausgeprägtes Unbehagen im Lichte der den Inhalt des Unionsrechts fortführenden Rechtsprechung des Gerichtshofs an.<sup>16</sup> Die durch das Bundesverfassungsgericht aufgestellten Formulierungen in Auseinandersetzung mit dem europäischen Richterrecht legen bereits die grundlegenden Fragen und Schwierigkeiten der Auseinandersetzung um richterliche Rechtsfortbildung offen. Denn einerseits verbindet das Bundesverfassungsgericht das Handeln des Gerichtshofs mit der „Methode“ richterlicher Fortbildung als anerkannter „Rechtsfindungsweg“, der auch den europäischen Richtern am Luxemburger Gerichtshof nicht versperrt steht.<sup>17</sup> Andererseits formuliert das höchste deutsche Gericht in dem Urteil zum Maastrichter Unionsvertrag – wie auch in den jüngst ergangenen Entscheidungen

---

AEUV). Siehe auch im Kontext des europäische Verwaltungsrechts die Ausführungen von *J. Schwarze*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2. Aufl. 2005, S. XCV ff. Auf der anderen Seite ist der noch im Verfassungsvertrag statuierte Vorrang des Unionsrechts im Vertrag von Lissabon entfallen und nur durch eine Erklärung (Nr. 17) angefügt.

<sup>15</sup> Siehe nur *A. von Bogdandy*, Rechtsfortbildung mit Artikel 5 EG-Vertrag, in: *A. Randelzhofer/R. Scholz/D. Wilke* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, 1995, S. 17 ff.; *K.-D. Borchardt*, Richterrecht durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft, in: *A. Randelzhofer/R. Scholz/D. Wilke* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, 1995, S. 29 ff.; *C. Callies*, Rechtsprechung und Europarecht – Zum Richterrecht der EG, in: *W. Erbguth/J. Masing* (Hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht*, 2004, S. 155 ff.; *W. Dänzer-Vanotti*, Der Europäische Gerichtshof zwischen Rechtsprechung und Rechtsetzung, in: *O. Due/M. Lutter/J. Schwarze* (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Everling*, Bd. I, 1995, S. 205 ff.; *P. Dobler*, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: *G. Roth/P. Hilpold* (Hrsg.), *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten*, 2008, S. 509; *U. Everling*, *JZ* 2000, S. 217 ff.; *C. Hillgruber*, Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH – Hat Europarecht Methode?, in: *T. von Danwitz/M. Heintzen/M. Jestaedt/S. Koriath/M. Reinhardt* (Hrsg.), *Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit*, S. 31 ff.; *P. Mittmann*, Die Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und die Rechtsstellung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 2000; *J. Neuner*, Die Rechtsfortbildung, in: *K. Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 2. Aufl. 2010, § 13; *M. Pechstein/C. Drechsler*, Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 2006, S. 91, 111 ff.; *T. Stein*, Richterrecht wie anderswo auch?, in: *Richterliche Rechtsfortbildung*, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprechts-Karls-Universität Heidelberg, 1986, S. 619, 629; *J. Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, 1995; *K. Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, 2009; zur Grenze der Staatlichkeit aus Art. 79 Abs. 3 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG *S. Haack*, *Verlust der Staatlichkeit*, 2007, S. 342 f.

<sup>16</sup> Siehe eingehend unten unter § 8 I.

<sup>17</sup> BVerfGE 75, 223 (244); BVerfGE 126, 286 (305) siehe hierzu unter § 2.

zum Vertrag von Lissabon und Honeywell<sup>18</sup> – die rechtsordnungsbedingte, nicht überwindbare Kompetenzhürde, die dem Europarecht als abgeleitete Teilrechtsordnung anhaftet. Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit angemahnt, auch die europäische Gerichtsbarkeit dürfe die Kompetenzgrenzen der Integrationsermächtigung nicht übersteigen.<sup>19</sup> Denn mit den vertraglichen Grundlagen verdeutlichten die Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ den Anspruch auf die letztverantwortende Steuerungshoheit über den Prozess der europäischen Integration. Als wirkmächtigster Garant dieses Steuerungsanspruchs und der damit verbundenen Selbstbehauptung nationaler Identität und Souveränität ist das Prinzip der begrenzten Ermächtigung<sup>20</sup> ausgewiesen, das gleichzeitig die Voraussetzung für die Annahme eines Handelns *ultra vires* bildet. Es umschließt das Handeln aller Organe der Union und lässt sich auf die triviale Feststellung reduzieren, dass Organkompetenzen nur als Untermengen von der Verbandskompetenz der Europäischen Union ausgehen können.<sup>21</sup> Die Rezeption der richterlichen Rechtsfortbildung des Gerichtshofs durch das Bundesverfassungsgericht exemplifiziert demnach das Postulat der verfassungsrechtlich radierten Grenzen der Integrationsentwicklung und will einer der Disposition der Unionsorgane zustehenden Kompetenzerweiterung ihre Grundlage entziehen, ohne die „Methode“ der Rechtsfortbildung als solche in Frage zu stellen.<sup>22</sup> Hier zeigt sich eine Verschränkung von Rechtsfortbildung mit

---

<sup>18</sup> BVerfGE 123, 267; 126, 286.

<sup>19</sup> BVerfGE 89, 155 (210): „Wenn eine dynamische Erweiterung der bestehenden Verträge sich bisher auf eine großzügige Handhabung des Art. 235 EWGV im Sinne einer ‚Vertragsabrundungskompetenz‘, auf den Gedanken der inhärenten Zuständigkeiten der Europäischen Gemeinschaften [„implied powers“] und auf eine Vertragsauslegung im Sinne einer größtmöglichen Ausschöpfung der Gemeinschaftsbefugnisse (‚effet utile‘) gestützt hat [...], so wird in Zukunft bei der Auslegung von Befugnisnormen durch Einrichtungen und Organe der Gemeinschaften zu beachten sein, daß der Unions-Vertrag grundsätzlich zwischen der Wahrnehmung einer begrenzt eingeräumten Hoheitsbefugnis und der Vertragsänderung unterscheidet, seine Auslegung deshalb in ihrem Ergebnis nicht einer Vertragserweiterung gleichkommen darf; eine solche Auslegung von Befugnisnormen würde für Deutschland keine Bindungswirkung entfalten.“; Jüngst zur *ultra vires*-Kontrolle BVerfGE 126, 286 (302): „Das Bundesverfassungsgericht ist deshalb verpflichtet, Handlungen der europäischen Organe und Einrichtungen darauf zu überprüfen, ob sie aufgrund ersichtlicher Kompetenzüberschreitungen (...) erfolgen (...)“.

<sup>20</sup> Französisch: *compétences d’attribution*; englisch: principle of conferred powers. Zum Prinzip der begrenzten Ermächtigung siehe unten § 9 III. 1.

<sup>21</sup> T. von Danwitz, *Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration*, 1996, S. 444; S. Haack, *Verlust der Staatlichkeit*, 2007, S. 342 f. In diesem Sinne hat auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon die „verfassungsrechtliche Spannungslage“ unterschiedslos dort ausgemacht, wo „die Organe Zuständigkeiten neu begründen, erweiternd abrunden oder sachlich ausdehnen“ dürfen, BVerfGE 123, 267 (351 f.).

<sup>22</sup> Hierzu deutlich BVerfGE 126, 286 (305 f.); 75, 223 (244).

der konkreten Kompetenzzuweisung in einer Rechtsordnung, die richterliche Rechtsfortbildung nicht nur als Desiderat der Methodenlehre begreift.

## I. Richter und Rechtsfortbildung

Die Bezugnahme auf das Phänomen richterlicher Rechtsfortbildung stellt sich dabei weder als ein auf die europäische Rechtsordnung gegenständlich begrenztes noch in zeitlicher Hinsicht besonders aktuelles Problem dar. Die Ursprünge lassen sich vielmehr weit zurückverfolgen und der Diskurs ist zu einer nahezu unüberschaubaren Masse ausgewachsen.<sup>23</sup> Aus der rechtsordnungsübergreifenden Perspektive weist das Richterrecht<sup>24</sup> als Abgrenzungsproblem keine spezifischen Eigenheiten europäischer Art auf.<sup>25</sup>

Denn das Erkenntnisinteresse in Bezug auf das Phänomen richterlicher Rechtsfortbildung berührt seit jeher unterschiedliche Abgrenzungsproblematiken. Zunächst ist hierbei die Frage aufgeworfen, inwieweit sich überhaupt in einem ersten Schritt Rechtsfortbildung verstanden als eigene Kategorie normativer Einzelaussagen von (sonstiger) Rechtsanwendung unterscheiden lässt. Die Vorstellung von Anwendung gründet auf der Annahme einer intersubjektiv vermittelbaren Bezugnahme auf vorhandene Vorgaben der Rechtsordnung; die Entscheidung stellt sich insoweit als eine reine (Rechts-)Erkenntnisfrage dar.<sup>26</sup> Diese wird mit dem mehr normativ

---

<sup>23</sup> Diesen Befund stützt bereits der Blick auf das deutsche Schrifttum, vgl. jeweils m.w.Nachw. *J. Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956; *C. Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildung im Zivilrecht, 2007; *P. Heck*, Das Problem der Rechtsgewinnung (1912), abgedruckt in *J. Esser* (Hrsg.), 1967, S. 9 ff.; *C. Hillgruber*, JZ 2008, S. 745; *J. Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975; *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 366 ff.; *T. Mayer-Maly*, JZ 1986, S. 557; *F. Müller*, Richterrecht, 1986; *C. Schmitt*, Gesetz und Urteil, 2. Aufl. 1969.

<sup>24</sup> Die Begriffe Richterrecht und Rechtsfortbildung werden in der vorliegenden Arbeit mit der Mehrzahl der Autoren entgegen manch anderer Stimmen in der Literatur synonym verwendet. Damit soll keine Aussage darüber getroffen werden, dass andere Abgrenzungen richtige oder falsche Einordnungen abbilden. Vielmehr ist der gewählte Problemzugriff anders gewählt und zielt nicht auf eine exakte Definition von Begriffen, siehe hierzu unten unter § 5 I.

<sup>25</sup> Daher auch der Titel von *T. Stein*, Richterrecht wie anderswo auch?, in: Richterliche Rechtsfortbildung, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprechts-Karls-Universität Heidelberg, 1986, S. 619 ff.

<sup>26</sup> Insofern kann man die Bedeutung der Auszeichnung als Erkenntnisfrage mittels eines Isomorphismus zu naturwissenschaftlichen Erkenntnisfragen im Lichte der modernen Wissenschaftstheorie als Frage des Abgrenzungsproblems und des Induktionsproblems begreifen, *K. Schneider*, ZRP 2009, S. 216 ff.; *ders.*, Normativität und Risikoentscheidung, 2008. Die herrschende Dogmatik liefert jedoch in erster Linie hermeneutische Untersuchungen, die dem disziplinen eigenen Gegenstand näher kommen sollen und bemüht dabei als Ausgangspunkt die Vorstellung von Rechtswissenschaft als einer notwendig

gestaltenden, von Rechtsetzungsanteilen überformten Charakter von Rechtsfortbildung kontrastiert.<sup>27</sup> An eine (wie auch immer) getroffene Unterscheidung von Rechtsfortbildung und sonstiger Rechtsanwendung schließt sich die Problematik der Bestimmung einer Grenzlinie zwischen auf der einen Seite unzulässiger und auf der anderen Seite zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung an. Beide Abgrenzungsfragen verlangen sowohl nach methodologischer Einordnung als auch nach normativer Erklärung. Denn unweigerlich verbunden mit dem normativen Problem sind methodologische Vorannahmen.

Richterliche Rechtsfortbildung als ein normatives Problem wird dabei erst durch die Maßstabsgebundenheit von Einzelfallentscheidungen des Richters offenbar, also der normativ angeordneten Bindung des Richters. Die Bindung an einen Maßstab ist jedoch immer abhängig von der Überprüfbarkeit des Bindungspostulats. Sie hängt damit im Ergebnis von der objektiven Rekonstruierbarkeit der durch den Richter formulierten Einzelaussage ab. Rekonstruierbar wird der Bindungsanspruch erst dann, wenn die Frage, ob der Richter dem Anspruch einer Bindung an einen Maßstab gerecht geworden ist oder nicht, beantwortet werden kann. Die Bindung kann insoweit auch nur dann als Garant für eine Rationalisierung der Unberechenbarkeit von Entscheidungsgewalt wirken, wenn sie intersubjektiv nachprüfbar bleibt.

Dies führt zu der Frage der maßgeblichen Bindungselemente. Ankerpunkt der Bindung richterlichen Handelns bildete bereits früh die Verpflichtung des Richters auf den Inhalt des Gesetzes. Das Gesetz auszulegen und eine Rekonstruktion des Sinns auf den in Frage stehenden Einzelfall zu projizieren, bezeichnet *Friedrich Carl von Savigny* als „Anfang und Grundlage“ der *Rechtswissenschaft*.<sup>28</sup> Mit dem Bild einer Projektion ist ein mechanistischer, rein technischer Vorgang ausgedrückt, der zunächst unterschiedslos alle Anwendungsakteure erfasst.<sup>29</sup> Als Instrumente werden die *canones* formuliert, die den Maßstab des Gesetzes operationalisierbar werden lassen sollen.<sup>30</sup> *Savignys* Wendung von „Anfang und Grundlage“

---

normativen Wissenschaft, siehe etwa *Adrian*, *Rechtstheorie* 41 (2010), S. 521 ff.; vgl. hierzu auch Kapitel II.

<sup>27</sup> Siehe hierzu im Einzelnen unten § 5.

<sup>28</sup> Vgl. *U. Huber*, *JZ* 2003, S. 1, 4.

<sup>29</sup> Im Sinne Montesquieus berühmter Beschreibung der Richter als ‚La bouche qui prononce les paroles de la loi‘.

<sup>30</sup> Dabei weist *U. Huber*, *JZ* 2003, S. 1, 4 darauf hin, dass *Savigny* – entgegen mancher Darstellung – nicht eine Aufstellung von Kriterien, an denen sich der Auslegende orientieren soll, im Sinn hatte, sondern eine Analyse dessen was geschieht, wenn in der Praxis Rechtsätze ausgelegt werden. Bemerkenswert ist die Ausklammerung der von der *ratio legis* geleiteten teleologischen Auslegung. Damit setzt sich *Savigny* in Widerspruch zur vorherrschenden Ansicht in seiner Zeit, vgl. *U. Huber*, *JZ* 2003, S. 1, 4, 8. Die Perspektive auf die teleologischen Elemente bezieht sich dabei nur auf die Frage, ob diese

indiziert aber auch gleichzeitig den nicht erschöpfenden Charakter von Auslegung in der *Rechtswissenschaft*.<sup>31</sup> In ihr liegt auch die Fortbildung des Rechts als ein Teilausschnitt der *Rechtswissenschaft* verborgen. Zwar ist der anwendungsorientierte Charakter der *Rechtswissenschaft* anerkannt, doch wer zu der Fortbildung berufen ist, wird nicht deutlich. Die Rolle der Gerichte bei der Frage der Fortbildung des Rechts ist nach der Konzeption *Savignys* durchaus mit Antinomien verbunden. Denn der Zweck von *Savignys* inhaltlicher Präzisierung von Auslegungsregeln im eigentlichen Sinne beruht einerseits auf einer Kompetenzfrage, nach der die Fortbildung des Rechts von dessen Auslegung in einer Weise unterscheidbar gemacht werden soll, die die Rolle des Richters willkürfrei und berechenbar macht.<sup>32</sup> Dabei verkennt *Savigny* auf der anderen Seite jedoch nicht die Notwendigkeit, Entscheidungen auch in solchen Konstellationen zu formulieren, die nicht als bloße Rekonstruktion des Gesetzes fassbar sind. Aber selbst wenn *Savignys* Gedanken, aus seiner Perspektive *de lege ferenda*<sup>33</sup>, bereits die in einer obersten Gerichtsbarkeit institutionalisierte Kompetenz zur Rechtsfortbildung anklingen lassen, so sind auch dieser Schranken gesetzt. Denn die „Notwendigkeit“ von Rechtsfortbildung bleibt verhaftet in einer zentralen Vorstellung: Rechtsfortbildung verfolgt dem Grunde nach das Ziel, den Zweck des Gesetzes besser zu verwirklichen, als es das Gesetz selbst in der Lage ist.<sup>34</sup> Sie unterliegt daher immer den Fesseln des gesetzlichen Inhalts und löst sich nicht von der Vorstellung des Gesetzes als erkenntnisleitend.

Auch die moderne *Rechtswissenschaft* steht in dieser Tradition. Der archimedische Punkt jeder Erkenntnis der *Rechtswissenschaft* liegt im positiv gesetzten Recht, dem Gesetzesrecht. Das Handeln des Richters, das als Fortbildung des Rechts über die Sprache des Gesetzestextes hinausgeht, steht damit in einem Konkurrenz- und Komplementärverhältnis zu der Rol-

---

einer Auslegung im eigentlichen Sinn zugeordnet werden kann oder nicht. Die Auslegung ist für *Savigny* eine Kunst, die nicht darin besteht, einfach bestimmten Regeln zu folgen („Denn diese Kunst lässt sich ebensowenig, als irgendeine andere, durch Regeln mitteilen oder erwerben. Allein wir können durch die Betrachtung vorzüglicher Muster ergründen, worin die Trefflichkeit derselben liegt; [...]“).

<sup>31</sup> Vgl. *U. Huber*, JZ 2003, S. 1, 4.

<sup>32</sup> Vgl. *U. Huber*, JZ 2003, S. 1, 14. Dies bedeutet mit klaren Worten, dem Richter grundsätzlich eine Fortbildung des Rechts zu versagen.

<sup>33</sup> Das Reichsgericht wurde erst später eingerichtet und mit ihm 1871 § 137 GVG (jetzt § 132 Abs. 4 GVG), welcher die Einheitlichkeit des Rechts als Aufgabe der rechtssprechenden Gewalt beschreibt, zugeordnet.

<sup>34</sup> Vgl. *U. Huber*, JZ 2003, S. 1, 14. So auch aus der Perspektive der Hermeneutik *H. G. Gadamer*, *Wahrheit und Methode*, 7. Aufl. 2010, S. 301: „Indem er (der Richter) am Gesetze nachläßt, macht er nicht Abstriche am Recht, sondern er findet im Gegenteil das bessere Recht.“

le des eigentlich berufenen Gesetzgebers.<sup>35</sup> Deutlichsten Ausdruck findet diese Verhältnisbeschreibung in der Metapher der planwidrigen Regelungslücke als methodische Voraussetzung für eine richterliche Rechtsfortbildung.<sup>36</sup> Ausdruck findet hier die Legitimationskonkurrenz richterlicher Rechtsetzung mit anderen, primär zur Rechtsetzung berufenen Organen. Denn als Architekt des (lückenhaften) Plans ist der Gesetzgeber ausgewiesen.

Das Verhältnis von legislativer und rechtsprechender Gewalt wird im modernen, demokratisch verfassten Staat durch zwei normative Prinzipien konstituiert: durch das Gewaltenteilungsprinzip<sup>37</sup> und durch das Demokratieprinzip.<sup>38</sup> Der die Richterbindung auslösende Maßstab des Gesetzes gründet demnach auf einer, durch das Verfahren verbürgten besonderen

---

<sup>35</sup> Gerichte haben abgesehen von Normverwerfungsverfahren und abstrakten Gutachten in der Regel Einzelfälle zu entscheiden, die ihre Bedeutung in erster Linie – *inter se* – auf den zu entscheidenden Einzelfall entfalten. In eine richterliche Entscheidung eingeschlossen ist jedoch stets die Behauptung, dass aufgrund der Entsprechung mit der Rechtslage jeder künftig gleichartige Fall in gleicher Weise zu entscheiden ist. Mittelbar greift damit jede richterliche Begründung über den zur Entscheidung vorliegenden Einzelfall hinaus. Die Wirkung orientiert sich damit nicht schlicht an der Rechtskraft einer Entscheidung sondern an der Lösungshypothese des Gerichts in Bezug auf die Rechtsfrage. Die Reichweite kann mithin über die individuelle Streitentscheidung hinausreichen und etwa im Falle der Verfassungsgerichtsbarkeit auch den einfachen Gesetzgeber in der Zukunft binden. Diese Wirkungsweise ist zwar nicht gleichzusetzen mit der normativen Geltung einer legislativen Anordnung, sie führt faktisch jedoch zu einer gewissen Beständigkeit richterlicher Entscheidungen als Aussagen über den Gehalt der Rechtsordnung, so *K. Larenz*, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 429 ff.; vgl. *C. Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, S. 136 f.; siehe zur Präjudizienwirkung unten § 13 I.

<sup>36</sup> Siehe m.w.Nachw. *K. Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl. 2005, Kapitel VII; *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage 1991, S. 370 ff.; *B. Rüthers*, Rechtstheorie, 4. Aufl. 2008, § 23; siehe aus der zivilrechtlichen Rechtsprechung etwa jüngst *BGH*, NJW 2009, 427 Rdnr. 22, aus der strafgerichtlichen Rechtsprechung *BGHSt* 51, 298; siehe auch *H. Kudlich/R. Christensen*, JZ 2009, S. 943 ff.; hierzu unten § 5 V. 1.

<sup>37</sup> „Rechtsetzung und Rechtsanwendung sind nicht nur Urtypen abendländischen Denkens; ihre Unterscheidung zählt zu den Essentialen der Gewaltenteilungs-Doktrin“, *K. A. Bettermann*, Die rechtsprechende Gewalt, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.) HbdStR Bd. III. 2. Aufl. 1996. § 73 Rdnr. 27; die Gewaltenteilung als solche lässt sich als Bestandteil des „Gemeinverfassungsrechts“ rechtsordnungsübergreifend hinsichtlich ihrer Legitimitätsstiftenden Wurzel über Legitimationstheorien staatlicher Gewalt als ein Ausgangspunkt des Grundproblems begreifen, vgl. *C. Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, S. 425 ff.; *F. Müller/R. Christensen*, Juristische Methodik Bd. II – Europarecht, 2. Aufl. 2007, S. 186.

<sup>38</sup> Dass das allgemein ausgemachte demokratische Defizit im Lichte des richterlichen Gemeinschaftsrechts verstärkt wird, hebt *J. H. H. Weiler*, The Essential Jurisprudence of the European Court of Justice: Lights and Shadows too, in: *I. Pernice/J. Kokott/C. Saunders* (Hrsg.), The Future of the European Judicial System, 2006, S. 117, 122 ff., hervor; siehe allgemein zu den demokratischen Bezügen der rechtsprechenden Gewalt im Unionsrecht unten § 10.

Legitimität, von der die richterliche Entscheidung nicht derogieren darf. Richterliche „Rechtsetzung“ steht insoweit immer in der Gefahr, dass der Richter zu einer Art „Ersatzgesetzgeber“ mutiert und damit die funktionale Arithmetik moderner Herrschaftsgewalt durchbricht.<sup>39</sup> Das Verhältnis zwischen rechtsprechender und gesetzgebender Gewalt bewegt sich gerade dann auf dem Boden eines besonderen Spannungsfeldes, wenn Gerichte zu einer Normverwerfung befugt sind oder ihr Handeln einer Normverwerfung gleichkommt.<sup>40</sup>

Daneben prägen auch andere materielle Grundsätze wie etwa die Frage nach der Gleichheit vor dem Recht (*rule of law*) und der hierdurch berührte Grundsatz der Rechtskontinuität und Vorhersehbarkeit von Entscheidungen für den jeweiligen Normadressaten die Diskussion über die richterliche Rechtsfortbildung.<sup>41</sup> Mit der Aufstellung eines neuen Entscheidungssatzes läuft richterrechtliche Fortbildung Gefahr, eine allein intuitiv gesteuerte, dezisionistische Entscheidung zu formulieren, die aufgrund fehlender Rückbindung an das Gesetz (oder über die verlässliche Steuerung durch Präjudizien<sup>42</sup>) keine auf Rationalität gestützte Erkenntnis abbildet und Nachvollziehbarkeit, Vorhersehbarkeit und Überprüfbarkeit einbüßt.

Das zentrale Spannungsverhältnis bildet sich auch hier wiederum in einem Verständnis von Rechtsanwendung, verstanden als Vollzug der transparenten und nachprüfaren Vorgaben des Gesetzgebers einerseits, und Rechtsetzung, als Akt kreativer Setzung originär eignen, neuen Rechts andererseits. Unschwerlich kontrastiert also die Vorstellung eines Gesetzgebungsstaates mit der Vorstellung eines Richterstaates.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> Das Bundesarbeitsgericht hat diese Funktion sogar ausdrücklich für sich in Anspruch genommen, *BAGE*, 23, 292 (319). Siehe im Kontext des Gemeinschaftsrechts *H. Kutscher*, Thesen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts aus der Sicht eines Richters, in: *EuGH* (Hrsg.), *Begegnung von Justiz und Hochschule* 27.-28. September 1976, 1976, I-36.

<sup>40</sup> Siehe *H. Kelsen*, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, *VVDStRL* 5 (1929), S. 30: „Die Aufhebung eines Gesetzes hat den gleichen Charakter wie die Erlassung eines Gesetzes.“, abgedruckt in *P. Häberle* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, S. 77, 80.

<sup>41</sup> Vgl. *W. Hassemer*, *Rechtssystem und Kodifikation*, in: *A. Kaufmann/W. Hassemer/U. Neumann* (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7. Aufl. 2004, S. 251, 262. Siehe zum allgemeinen Gleichheitssatz als zentrale Grundlage der Rechtskontinuität *A. Leisner*, *Kontinuität als Verfassungsprinzip*, 2002, S. 199 ff. Dabei beruht Vertrauensschutz anders als Rechtskontinuität auf individuellem Erwartungen, S. 459 ff.

<sup>42</sup> Hierzu oben unter § 13 I.

<sup>43</sup> *R. Marcic*, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, 1957; *T. Mayer-Maly*, *JZ* 1986, S. 557, 558. Siehe die Übertragung des Gedankens bei *W. Hummer/W. Obwexer*, *EuZW* 1997, S. 295, 295; dabei sind mit der radikalen Vorstellung eines Gesetzgebungsstaates, der Unberechenbarkeit richterlichen Handelns ausschließt, zweierlei Vorannahmen verbunden: zum einen die Annahme, dass die Gesetze als solche – gewissermaßen aus sich

Gewissermaßen als Leitthema stehen sich damit immer neue Variationen der auf das richterliche Handeln bezogenen Grundannahmen von einerseits „subjektivistischen, relativistischen, dezisionistischen und/oder irrationalistischen Positionen“ sowie andererseits „objektivistischen, absolutistischen kognitivistischen und/oder rationalistischen Positionen gegenüber“.<sup>44</sup>

## II. Das Proprium des Europäischen Unionsrechts

Dies führt zu der Frage zurück, inwieweit das Problem der richterlichen Rechtsfortbildung überhaupt einen speziellen europarechtlichen Einschlag hat, also rechtsordnungsbedingte Konturen aufweist.

Zwar ist es in der Tat so, dass in Bezug auf die methodologischen und theoretischen Ausgangspunkte in allen von Kodifizierungen überformten Rechtsgebieten die gleichen Verhältnisfragen von Text und Entscheidung eine Rolle spielen. Art und Umfang des in einer Rechtsordnung ausgemachten Phänomens richterlicher Rechtsfortbildung sind indes in heterogener, rechtsgebietsabhängiger Weise ausgeprägt. Dies gilt nicht nur für Unterschiede zwischen autonom bestehenden Gesamtrechtsordnungen, sondern auch innerhalb einer Rechtsordnung hinsichtlich der konkret in Frage stehenden Rechtsgebiete und -materien. Veranschaulicht man sich etwa die Kasuistik des geltenden Arbeitsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, so kommt man zu dem Schluss, dass das Arbeitskampfrecht in seinen wesentlichen Ausprägungen durch fachrichterliche Gestaltung geronnenes Recht ist<sup>45</sup>, dem nur eine rudimentäre Kodifizierung voraus-

---

selbst heraus – vollziehbar und in ihrer Regelungsdichte umfassend sind. Zum anderen die Annahme, dass die prognostische Unsicherheit einer nicht an das Gesetz rückgebundenen richterlichen Entscheidung im Verhältnis zu einer der gesetzlichen Bindung gerecht werdenden Entscheidung größer ist. Diese Annahmen sind ihrerseits wiederum beide abhängig von der Vorfrage, inwieweit sich Rechtsetzung und Rechtsanwendung unterscheiden lassen. Gelingt eine solche Unterscheidung, so begründet das prognostische Element der Rechtsanwendung eine Erkenntnisfrage, die intersubjektiv prüfbar ist. Insoweit kann die auf Grundlage der geltenden Rechtsordnung zu treffende Entscheidung mit der durch das Gericht zum Ausdruck gebrachten Entscheidung verglichen werden. Die radikale Vorstellung eines Richterstaates ist im Gegensatz zur Vorstellung des Gesetzgebungsstaates von der Vorannahme geprägt, dass die Unterscheidung zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung nicht gelingen kann und jede Einzelfallentscheidung notwendig Rechtsetzungsanteile birgt. Daher lässt sich die richterliche Entscheidung keiner „richtigen Entscheidung“ gegenüberstellen. Hierzu Kapitel II.

<sup>44</sup> So der Befund zum grundsätzlichen Problem juristischer Begründung bei *R. Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 499. Siehe auch *T. Mayer-Maly*, *JZ* 1986, S. 557 ff.

<sup>45</sup> Vgl. zur besonderen Stellung des Richterrechts im Arbeitsrecht *H. Brox/B. Rütters/M. Henssler*, *Arbeitsrecht*, 16. Aufl., 2004 Rdnr. 124 ff.; *BVerfGE* 84, 212 (226); 88, 103 (115).